الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القطاع: الشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقات العموميّة.

الرّأي عدد 182689
الصّادر عن مجلس المنافسة
بتاريخ 13 ديسمبر 2018

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الاطّلاع على مكتوب وزير التّجارة المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 8 نوفمبر 2018 والمتضمّن طلب إبداء الرّأي في مشروع أمر حكومي يتعلّق بالشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقات العموميّة لفائدة الدّولة والمؤسّسات العموميّة والجماعات المحليّة.

وبعد الاطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الاطّلاع على ما يفيد استدعاء أعضاء المجلس بالطّريقة القانونيّة لجلسة يوم الخميس 13 ديسمبر 2018.

وبعد التأكّد من توفّر النّصاب القانوني،

وبعد الاستماع إلى المقرّرة السيّدة جميلة الخبثاني في تلاوة تقريرها الكتابي،

وبعد المداولة استقرّ رأي الجلسة العامّة لمجلس المنافسة على ما يلي:

I- تقديم الملف:

✓ الإطار العام للاستشارة:

يهدف مشروع الأمر موضوع الاستشارة الرّاهنة حسب ما جاء في وثيقة شرح الأسباب المصاحبة إلى إحداث نصّ ترتيبي ينظّم الشّراء خارج إطار الصّفقات العموميّة بالنّظر إلى حجم الطّلبات

في هذا المجال والتي بلغت سنة 2016 ما قدره 2817 م.د مقابل 6363 م.د بالنّسبة للصّفقات والتّخلّي التّدريجي على الرّقابة المسبقة على شرعيّة الإجراءات من طرف مراقبي المصاريف العموميّة تبعا للإنخراط في نظام الرّقابة المعدّلة.

كما يساعد على:

- تكريس الشّفافية والحوكمة في الشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقات العموميّة،
- تيسير عمل المشتريين العموميّين من خلال توحيد الإجراءات المعتمدة بما يضمن التّسريع في نسق استهلاك الإعتمادات،
- وضع إجراءات واضحة تمكّن المشتريين العموميّين المدعوّين لتركيز أنظمة رقابة داخليّة بالهياكل العموميّة من ممارسة مهامّهم بطرق علميّة مع توفير الضّمانات الكافية لاحترام شرعيّة الإنفاق العمومي ومطابقته للتّراتيب والعرف الجاري به العمل،
- إحداث إطار ترتيبي يساند استعمال منظومة الشّراء العمومي على الخطّ « e-shopping mall ».

✓ **المحتوى المادّي لمشروع الأمر الحكومي:**

يحتوي مشروع الأمر الحكومي على **ثمانية وثلاثين فصلا** تمّ إدراجها ضمن خمسة أبواب:

- **الباب الأوّل:** أحكام عامّة.
- **الباب الثاني:** تحديد الحاجات وبرمجة الشّراءات.
- **الباب الثالث:** الصّيغ والإجراءات العامّة.
- **الباب الرابع:** الصّيغ والإجراءات الخصوصيّة لبعض الشّراءات خارج إطار الصّفقات العموميّة.
- **الباب الخامس:** التّظلّم في مجال الشّراء خارج إطار الصّفقات.

II– الشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقات العموميّة:

يهمّ هذا الصّنف من الشّراءات، الطّلبات التي لا يجب إبرامها في شكل صفقة عموميّة على معنى الفصل الخامس من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصّفقات العموميّة وهي الطّلبات التي يقلّ مبلغها باعتبار جميع الأداءات:

. مائتي ألف دينار (200.000 د) بالنسبة إلى الأشغال،

. مائة ألف دينار (100.000 د) بالنسبة إلى الدراسات والتزود بمواد وخدمات في مجال الإعلامية وتكنولوجيات الاتصال،

. مائة ألف دينار (100.000 د) بالنّسبة للتزوّد بموادّ وخدمات في القطاعات الأخرى،

. خمسين ألف دينار (50.000 د) بالنّسبة للدّراسات.

واقتضى الفصل الخامس من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة سابق الذّكر أنّه "**يجب** تنظيم منافسة في شأن الطلبات التي تقل قيمتها عن المبالغ المشار إليها أعلاه وذلك **عن طريق الاستشارة** دون التقيد بالإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية وباتباع إجراءات كتابية تعتمد الشفافية وتضمن النجاعة وحسن التصرف في الأموال العمومية واحترام المبادئ المنصوص عليها بالفصل 6 من هذا الأمر."

وتتمثّل هذه المبادئ في:

-المنافسة،

-حرية المشاركة في الطلب العمومي،

-المساواة أمام الطلب العمومي،

-شفافية الإجراءات ونزاهتها.

كما تخضع الشّراءات العموميّة إلى قواعد الحوكمة الرّشيدة وتأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التنمية المستدامة.

ويتم تجسيم هذه المبادئ والقواعد باتباع إجراءات واضحة تضمن نجاعة الطلب العمومي وحسن التصرف في الأموال العمومية. وتطبق هذه المبادئ وفقا للقواعد المحددة بالأمر المنظّم للصّفقات العموميّة وخاصّة:

-عدم التمييز بين المترشحين،

-اعتماد إجراءات واضحة ومفصلة خلال كافة المراحل ،

-إعلام المشاركين في آجال معقولة وتعميم الإجابات والتوضيحات المتصلة بالملاحظات والاستفسارات التي يطلبها المترشحون في أجل أدناه عشرة (10) أيام قبل انتهاء أجل تقديم العروض.

ويجب أن لا تؤدي الاستثناءات والإجراءات الاستثنائية المنصوص عليها بهذا الأمر والمترتبة عن الطبيعة الخصوصية لبعض الصفقات إلى استبعاد تطبيق المبادئ الأساسية وقواعد الصفقات العمومية.

ويمثّل الشّراء العمومي وفقا لما جاء بوثيقة شرح الأسباب الصّيغة الأساسيّة للتّزوّد بالنّسبة إلى أغلب الهياكل العموميّة فقد بلغت سنة 2016 ما قدره 2817 م.د مقابل 6363 م.د بالنّسبة للصّفقات.

وفي ضوء غياب نصّ قانوني أو ترتيبي ينظّم عمليّة الإنفاق من حيث إجراءات التعهّد بالنّفقة والإذن بتنفيذها وخلاصها على غرار الصّفقات العموميّة، فإنّ العديد من المخاطر تترصّد عمليّة الإنفاق خارج إطار الصّفقات العموميّة خاصّة في ظلّ اعتماد الرّقابة المعدّلة[1] بالنّسبة للوزارات التي تستعمل ميزانيّات في إطار نظام التّصرّف في الميزانيّة حسب الأهداف وذلك بإعفاء التعهّدات بالنّفقات التي يقلّ مبلغها عن أسقف معيّنة من التّأشيرة المسبقة لمراقب المصاريف العموميّة.

III– الملاحظات المتعلّقة بمشروع الأمر الحكومي:

يثير مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة الراهنة ملاحظات عامّة وأخرى خاصّة:

√– الملاحظات العامّة:

1– اقتضى الفصل الخامس من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة أن **يتمّ وجوبا** تنظيم منافسة في شأن الطلبات التي تقل قيمتها عن المبالغ المستوجبة لعقدها في إطار صفقات عموميّة وذلك **عن طريق الاستشارة** دون التّقيّد بالإجراءات الخاصّة بالصفقات العمومية وباتّباع إجراءات كتابية تعتمد الشفافية وهو ما لا يتلاءم ويتناغم مع مقتضيات مشروع الأمر المعروض للإستشارة وخاصّة الفصل الثّامن منه الذي أفرز صيغتين لإنجاز الطّلبات خارج إطار الصّفقات العموميّة وهما صيغة طلبات الأثمان وصيغة الإستشارة وهذا من شأنه أيضا أن يحدث لبسا لدى المشتري العمومي في اختيار طريقة عقد النّفقة خارج إطار الصّفقة. لذا يتّجه إمّا إعادة صياغة الفصل الثّامن في اتّجاه إضافة طريقة جديدة إلى طريقة الإستشارة المضمّنة بالفصل الخامس من الأمر المتعلّق بالّصفقات العموميّة أو تنقيح هذا الأمر الأخير في اتّجاه إدراج طلب الأثمان كطريقة ثانية لعقد النّفقة خارج إطار الصّفقة العموميّة.

[1] يقصد بالرّقابة المعدّلة وفقا لقرار رئيس الحكومة المؤرّخ في 7 أفريل 2014 المتعلّق بضبط شروط وقواعد الرّقابة المعدّلة الممارسة من قبل مراقبي المصاريف العموميّة على الوزارات المعنية بالتّجارب النّموذجيّة لنظام التّصرّف في الميزانيّة حسب الأهداف، " نظام لكلّ وزارة يهدف إلى تخفيف الإجراءات العمليّة لصرف ميزانيّات هذه الوزارات، وذلك بإعفاء التّعهّدات بالنّفقات التي يقلّ مبلغها عن الأسقف التي يتمّ تحديدها وفقا للمنهجيّة المبيّنة بالفصل 4 من هذا القرار من التّأشيرة المسبقة، على أن تبقى هذه النّفقات خاضعة لرقابة لاحقة طبق للإجراءات المنصوص عليها بالفصلين 5 و6 من هذا القرار."

2- بيّنت وثيقة شرح الأسباب أنّ الأمر الحكومي المعروض سيساعد على تكريس الشّفافيّة والحوكمة في الشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقات العموميّة وباعتبار أنّ المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المؤرّخ في 14 نوفمبر 2011 المتعلّق بمكافحة الفساد في فصله 13 يوكل للهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد مهمّة إبداء الرّأي في مشاريع النّصوص القانونيّة والترتيبيّة ذات العلاقة بمكافحة الفساد، فإنّه يقترح طلب رأي هذه الهيئة وإدراجه ضمن إطّلاعات مشروع الأمر الحكومي.

3- تتعارض العديد من مقتضيات مشروع الأمر الحكومي المعروض للإستشارة وخاصّة تلك المتعلّقة بصلاحيّات الهيئة العامّة لمراقبة المصاريف العموميّة مع أحكام الباب السّابع من الدّستور وخاصّة الفصل 132 منه الذي يقتضي ما نصّه :" تتمتّع الجماعات المحليّة بالشخصيّة القانونيّة، وبالاستقلاليّة الإداريّة والماليّة، وتدير المصالح المحليّة وفقا لمبدأ التّدبير الحرّ" وكذلك مجلّة الجماعات المحليّة الصّادرة بمقتضى القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي 2018. لذا فإنّه يقترح إدراج هذا القانون ضمن إطّلاعات مشروع الأمر الحكومي ورفع التّضارب بين مقتضيات الدّستور ومجلّة الجماعات المحليّة ومقتضيات مشروع الأمر المعروض بإستثناءها من تطبيق أحكامه.

4- يقترح إضافة قرار وزير الوظيفة العموميّة والحوكمة المؤرّخ في 23 ديسمبر 2016 المتعلّق بالمصادقة على دليل الإجراءات الخاصّ بإبرام الشّراءات خارج إطار الصّفقات المبرمة عبر منظومة السّوق الإفتراضيّة بمنظومة الشّراء العمومي على الخطّ إلى إطّلاعات مشروع الأمر المعروض للإستشارة.

5- يهمّ مشروع الأمر الحكومي المعروض الإجراءات المتبّعة لإنجاز الشّراءات خارج إطار الصّفقات العموميّة سواء كان ذلك باعتماد الطّريقة الماديّة أو الطّريقة الإفتراضيّة، إلاّ أنّه وبالرّجوع إلى قرار وزير الوظيفة العموميّة والحوكمة المؤرّخ في 23 ديسمبر 2016 المتعلّق بالمصادقة على دليل الإجراءات الخاصّ بإبرام الشّراءات خارج إطار الصّفقات المبرمة عبر منظومة السّوق الإفتراضيّة بمنظومة الشّراء العمومي على الخطّ، يتبيّن أنّه نظّم الإجراءات المتعلّقة بالطّريقة الإفتراضيّة بقيّ الجانب المتعلق بإنجاز هذه النّفقات بطريقة ماديّة دون ضبّط للإجراءات المتعلقة به. لذا وطالما أنّ عنوان مشروع الأمر الحكومي جاء عامّا يهمّ كلّ الإجراءات الخاصّة بالشّراءات سواء كان ذلك بالطّريقة المادّية أو الإفتراضيّة وفي إطار

توحيد النّصوص وعدم تشتّتها وتعدّدها وتضمين هذه الإجراءات في نصّ ترتيبي موحّد، فإنّه يقترح صلب مشروع الأمر المعروض تقسيم الإجراءات إلى قسمين قسم أوّل متعلّق بالطّريقة الماديّة وإفرادها بإجراءات خاصّة بها وقسم ثان يتعلّق بالطّريقة الإفتراضيّة يقع بها دمج ما جاء بالقرار المؤرّخ في 23 ديسمبر 2016 سابق الذّكر، مع التنصيّص ضمن الأحكام الإنتقاليّة على إلغاء هذا القرار.

6- يتبيّن من مشروع الأمر المعروض غياب للأحكام الإنتقاليّة التي تحدد بداية انطلاق تطبيقه خاصّة في ظلّ ضرورة توفّر برنامج سنوي لاستعمال الإعتمادات الخاصّة بهذه الطّلبات وضرورة إعداد دليل إجراءات خاصّ بكلّ مشتر عمومي، لذا من الضّروري تدارك هذا النقصّ.

7- تسرّب خطأ مادّي بالفصل 24 من مشروع الأمر الحكومي يتّجه إصلاحه بتعويض عبارة "...طبقا لمقتضيات الفصل 33 من هذا القرار..." بعبارة "....طبقا لمقتضيات الفصل 34 من هذا الأمر...".

كما تسرّب خطأ مادي في آخر الفصل 33 من مشروع الأمر الحكومي يتّجه إصلاحة بتعويض عبارة "...بالفصل 16 من هذا القرار..." بعبارة "...بالفصل 16 من هذا الأمر...".

8- يقترح في خصوص الباب الخامس من مشروع الأمر الحكومي المتعلّق بالتّظلّم في مجال الشّراء خارج إطار الصّفقات تحديد الآجال المتعلّقة بتقديم الطّعون والأجل الأقصى المسند للهيئة العامّة لمراقبة المصاريف العموميّة لإصدار قرارها في خصوص الطّعون المقدّمة.

9- ورد بالفصلين 5 و8 من مشروع الأمر الحكومي مصطلح "درجة المخاطر" وهو مصطلح ينطوي على غموض من حيث المفهوم والمعايير المعتمدة لتحديد درجات سلّم المخاطر. لذا يقترح توضيحه.

√- الملاحظات الخاصّة:

الفصل الثّالث:

عدّد هذا الفصل المبادئ التي تخضع إليها الشّراءات العموميّة خارج إطار الصّفقة، ويقترح في هذا الإطار وتناغما مع الفصل الخامس والسّادس من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة التنصيص على أن تأخذ هذه الشّراءات بعين الاعتبار مقتضيات التّنمية المستدامة.

الفصل الرّابع:

اقتضت الفقرة الثّانية من هذا الفصل أنّه " يمكن أثناء تنفيذ الشّراء ولأسباب معلّلة تغيير الكمّيات المحدّدة مسبقا ضمن وثائق الدّعوة للمنافسة بالزّيادة أو بالنّقصان في حدود 30 % " ويقترح في هذا الإطار إضافة ضرورة أن يكون ذلك مع احترام مقتضيات الفصل الخامس من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة بخصوص تحديد السقف المالي للشراءات.

الفصل الخامس:

استوجب هذا الفصل أن يقوم المشتري العمومي في بداية كلّ سنة بإعداد برنامج تقديري سنوي للشّراءات خارج إطار الصّفقة بالتّنسيق مع مراقب المصاريف العموميّة دون تحديد لأجل أقصى لذلك وهو ما يتّجه معه توضيح هذا الجانب.

وإستنّد هذا الفصل في مفهومه للبرنامج التّقديري السّنوي إلى ما جاء بقرار رئيس الحكومة المؤرّخ في 25 نوفمبر 2013 المتعلّق بضبط إجراءات البرمجة السّنويّة للنّفقات والتّأشير عليها بالنّسبة للوزارات المعنيّة بالتّجارب النّموذجيّة لنظام التّصرّف في الميزانيّة حسب الأهداف، وقد استوجب الفصل الثّاني منه أن يتمّ عرض هذا البرنامج على تأشيرة مراقب المصاريف وأنّه لا يمكن صرف الميزانيّة إلاّ بعد الحصول عليها. غير أنّ الفصل الخامس من مشروع الأمر الحكومي بقيّ غامضا في مدى ضرورة الحصول على التّأشيرة من عدمها إذ يقتصر الفصل على ضرورة التّنسيق بين المشتري ومراقب المصاريف. لذا يقترح رفع هذا الغموض وفي صورة إقرار ضرورة التّأشيرة وتحديد الأجل الأقصى المخوّل لمراقب المصاريف لإسنادها.

الفصل التّاسع:

يقترح في خصوص هذا الفصل تحديد الآجال الموكولة للمشتري العمومي لإعداد دليل الإجراءات الخاصّ بالشّراء العمومي خارج إطار الصّفقة وتحديد آجال إبداء رأي مراقب المصاريف فيه وطبيعة هذا الرأي. كما يقترح توضيح حالة تمسّك المراقب برفض مشروع دليل الإجراءات.

الفصل الحادي عشر والفصل السّادس عشر:

ورد بهذين الفصلين عبارة قائمة في العارضين المحتملين حسب قطاع النّشاط دون تحديد للهيكل المكلّف بإعداده وتحيينها، لذا يتّجه توضيح هذا الجانب.

الفصل الثّامن عشر والفصل عشرون:

يتعلّق هذين الفصلين في جانب منهما بنفس المقتضيات المتعلّقة بتجميع شراءات مشترين عموميّين لتسديد نفس الحاجيّات السّنويّة لذا يقترح إدماجهما.

كما يقترح إعادة الصياغة على نحو يراعي الشرط المتعلق بأن لا تتجاوز القيمة الإجماليّة للشّراءات المجمّعة السّقف المحدّد لإبرام صفقة عموميّة على معنى الفصل 5 من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة.

الفصل السّابع والثّلاثون:

يقترح إعادة صياغة هذا الفصل على النّحو التّالي: " تكون قرارات الهيئة العامّة لمراقبة المصاريف العموميّة ملزمة لكلّ الأطراف".

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 13 ديسمبر 2018 برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السيّدة والسّادة محمّد العيّادي وريم بوزيّان وخمّوسي بوعبيدي وأكرم الباروني ومعز العبيدي وخالد السلاّمي وسالم بالسّعود ومصطفى باللطيّف ومحمّد شكري رجب، وبحضور المقرّر العام السيّد محمّد الشّيخ روحه وكاتب الجلسة السيّد نبيل السّماتي.

الرّئيس

رضا بن محمود